

Colombia

Análisis de la anulación del laudo Bancolombia-Glinski

Sumario: I. Sinopsis del caso. 1. El contrato de promesa de compraventa de GDS's, notes y acciones ordinarias del Banco de Colombia. 2. Cláusulas relevantes para el asunto. 3. El laudo arbitral. 4. Argumentos del promotor de la anulación del laudo. 5. Réplica de Bancolombia. II. Problemas jurídicos. 6. Problematicidad de la competencia. III. Decisión del Tribunal Superior de Bogotá. 7. Decisión de anulación. 8. Alcance de la causal del n.º. 2. 9. Salvamento de voto. IV. Conclusiones. 10. Competencia del Tribunal arbitral. 11. Competencia del Tribunal judicial. § 12. Epílogo.

I. Sinopsis del caso.

1. *El contrato de promesa de compraventa de GDS's, notes y acciones ordinarias del Banco de Colombia S.A.* El contrato de promesa, en el cual aparece la cláusula compromisoria, fue firmado el 24 de agosto de 1997. Los promitentes vendedores son Isaac Gilinski Sragowicz y otros. El promitente comprador es Banco Industrial Colombiano S.A.

2. *Cláusulas relevantes para el asunto.* En el contrato se pactaron dos cláusulas cruciales para comprender el asunto: la cláusula de “procedimientos para hacer efectivas las garantías” (9.7) y la cláusula compromisoria (17). En la primera se contempla la hipótesis de hechos que den lugar a reclamación, por concepto de “pasivos ocultos, contingencias, inexactitudes o diferencias en las declaraciones o garantías en la cartera o en otros activos”, estableciendo un procedimiento que inicia con una notificación escrita y justificada. En caso de desacuerdo, “el asunto se someterá a la decisión de la firma de auditores internacionales” que elija el promitente comprador de la terna que le presente el promitente vendedor. En la segunda se establece que:

Todas la eventuales diferencias que llegaren a surgir entre las partes aquí contratantes por razón de la celebración, validez, interpretación, ejecución y terminación del presente Contrato, que no pudieren ser solucionadas directamente por ellas mismas y que no consten en títulos ejecutivos, se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento integrado por tres (3) Árbitros, el cual funcionará en Santafé de Bogotá D. C. y decidirá en derecho.

Los Árbitros serán designados de común acuerdo por las partes. En caso de que no sea posible este acuerdo, en un término de 30 días comunes contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas manifieste a la otra por escrito su disposición de convocar el arbitramento, las dos, de consuno, pasarán al Centro de Conciliación y Arbitraje Mercantiles de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C. una lista de diez (10) nombres para que esta los escoja dentro de ella. En últimas, de no darse tampoco este acuerdo se delega en la misma Cámara de Comercio la selección de los árbitros, los que en

todo caso deberán ser abogados colombianos de reconocido prestigio, con una experiencia no menor a 10 años en el ejercicio de la profesión o en la judicatura.

3. *El laudo arbitral.* El Tribunal de arbitramento, convocado por el promitente comprador, profirió su laudo el 30 de marzo de 2006. En este documento el punto más importante para el asunto es la definición de la competencia del Tribunal. Los árbitros se consideran competentes para resolver el asunto, pues si bien existía el mecanismo de solución de controversias de la firma auditora internacional, ello no puede privar a los contratantes de su derecho de acceder a la justicia para resolver el conflicto. Además, las reclamaciones presentadas tienen que ver con la interpretación y ejecución del contrato, materias incluidas dentro del objeto de la cláusula compromisoria. Esta decisión no fue impugnada en su oportunidad ante el Tribunal de arbitramento, pese a que una de las partes, desde su instalación, dijo desconocerlo.

4. *Argumentos del promotor de la anulación del laudo.* El “recurso de anulación” se funda en dos causales del art. 38 del decreto 2279 de 1989 y del art. 183 del decreto 1818 de 1998: no haberse constituido el Tribunal en forma legal (num. 2) y haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido (num. 8). Todo el análisis posterior se hará en torno de la primera, pues la segunda no será considerada en la decisión en comento. El argumento principal de la impugnación es que el Tribunal de arbitramento no era competente para conocer del asunto, por cuanto: a) se trata de una materia que escapa a la voluntad de las partes (estados financieros), no susceptible de transacción y b) existe un mecanismo de solución distinto pactado por las partes (auditoría internacional), idóneo para rectificar los estados financieros. Refuta el argumento del Tribunal diciendo que el acceso a la justicia sólo era posible “respecto de la específica discrepancia sobre la terna”, pero no para reemplazar a la auditoría pactada.

5. *Réplica de Bancolombia.* Se refuta la impugnación a partir de tres argumentos: a) el laudo se refiere a la interpretación y ejecución del contrato, asuntos establecidos en el objeto de la cláusula compromisoria; b) el Tribunal no modificó los estados financieros, ni podía hacerlo, sino que simplemente determinó, al contabilizar las reclamaciones, el verdadero valor de las acciones objeto del contrato; y c) el método de la auditoría internacional “resultó inoperante” por la conducta de la promitente vendedora, que integró la terna con firmas que no garantizaban la imparcialidad ni la cientificidad de su dictamen. La defensa del laudo se completa argumentando que no es posible censurar su integración en legal forma, sobre la base de su incompetencia, pues se trata de dos temas distintos. Refuerza su argumentación con la cita, a modo de precedente, del auto del 10 de abril de 2003 del Tribunal Superior de Bogotá, y la mención del principio de *Kompetenz-kompetenz*.

II. Problemas jurídicos

6. *Problematicidad de la competencia.* Este problemático asunto puede plantearse respecto de ambos Tribunales: el arbitral y el judicial. En cuanto al primero: i) se cuestiona si tiene competencia para conocer de un conflicto puntual, para cuya solución las partes han pactado otro mecanismo. En este caso una auditoría internacional. Esta cuestión tiene la variante de la consideración de ii) si la valoración de los estados financieros, dentro del contexto del contrato, es un asunto susceptible de transacción. En cuanto al segundo: iii) se cuestiona si éste puede ocuparse de revisar la competencia del Tribunal arbitral con base en la causal de anulación consistente en que éste no se ha constituido en legal forma. De la decisión de esta cuestión se siguen otras dos cuestiones marginales: iv) cuál es el valor de la decisión anterior, tomada en otro proceso, que niega esa posibilidad y v) quién y de qué manera debe resolver el problema de la competencia del Tribunal de arbitramento. Con base en estos problemas, en seguida se analizará la decisión del Tribunal Superior de Bogotá.

III. Decisión del Tribunal Superior de Bogotá

7. *Decisión de anulación.* La Sala de decisión integrada por los Magistrados Germán Valenzuela Valbuena, Ricardo Zopó Méndez y Oscar Fernando Yaya Peña, decidió por mayoría anular el laudo arbitral, mediante auto del 26 de febrero de 2008. A manera de prolegómenos, el Tribunal precisa que el recurso de anulación tiene el carácter de extraordinario, pues su objeto es cuestionar la regularidad formal del proceso arbitral, con base en causales preestablecidas. No se trata de una instancia adicional, puesto que el juez no puede pronunciarse sobre el aspecto sustancial de la decisión, sino sólo sobre su regularidad, conforme a las acusaciones que le formule el recurrente.

8. *Alcance de la causal del n° 2.* La discrepancia existente entre la mayoría y Yaya Peña, quien salvó el voto, se basa en la respuesta dada al problema iii. Para la mayoría sí es posible cuestionar la competencia del Tribunal dentro de la causal de no haberse constituido éste en legal forma. Y lo es, porque “si bien la anulación queda circunscrita a los cargos que formule el recurrente, ello no puede tener un alcance limitativo o restringido de acuerdo a la nomenclatura de las causales invocadas”. En vista de que ninguna causal se refiere de manera puntual y específica a la falta de competencia, la mayoría asume que puede incluir este tema en la causal de su constitución en legal forma, ya que ello no puede ocurrir sin competencia, al no existir los presupuestos procesales debidos, como lo exige el debido proceso. Así, pues, acoge el argumento del recurrente de que el Tribunal no era competente, por cuanto existe un mecanismo de solución distinto pactado por las partes. A este argumento agrega que el arbitraje pactado es en derecho, mientras que el asunto a resolverse por la firma auditora internacional es técnico, y de ella

puede resultar un título que preste mérito ejecutivo, respondiendo de manera negativa los problemas i y ii. La mayoría no reconoce efecto vinculante a la decisión anterior, en razón de las especiales circunstancias de este caso, que lo diferencian de aquél (problema iv). De otra parte, considera que el tema de la competencia del Tribunal arbitral puede presentar dos hipótesis: que sea negada o que sea aceptada por él. En el primer supuesto, la mayoría entiende que es viable el ejercicio del recurso de reposición ante el mismo Tribunal, pues de sostenerse la negativa el arbitramento habría fracasado. En el segundo, que considera de mayor trascendencia, considera que esta decisión “no puede estar limitada al recurso de reposición”, por lo que el Tribunal judicial tendrá competencia para revisarla, aún en el caso de que la parte interesada no hubiese hecho uso del recurso de reposición ante el Tribunal arbitral.

9. *Salvamento de voto.* El disidente, basándose en el principio de especificidad, considera que el listado de causales de anulación es taxativo, lo que implica que éste no puede ser ampliado por el recurrente invocando causales no contempladas “o tratando de subsumir, bajo la denominación de una causal legal, hechos que a ella son ajenos”. Agrega que la competencia guarda poca relación con el proceso de tramitación que corresponde a la designación de los árbitros, que es la sujeta materia de la causal de indebida integración del Tribunal arbitral. Por tanto, su respuesta al problema iii es negativa. Así, pues, la no impugnación de la decisión que toma el Tribunal arbitral sobre su competencia, por la parte interesada, cierra “el paso a la prosperidad de la acusación en estudio”.

IV. Conclusiones.

10. *Competencia del Tribunal arbitral.* En la práctica, y este caso no es la excepción, los Tribunales arbitrales deciden si tienen o no competencia para asumir el conocimiento de un litigio. El problema i plantea la posibilidad de establecer una reserva al objeto de la cláusula compromisoria, estableciendo una competencia puntual a una entidad distinta al Tribunal arbitral. Ello es posible dentro de la autonomía de la voluntad. Por tanto, si esa competencia puntual es ejercida, por sustracción de materia, el Tribunal no tendría que ocuparse del asunto. No obstante, si, como es el caso, esa competencia puntual no se ejerce, queda por establecerse cuál es la competencia del Tribunal. Una parte sostiene que sólo tiene competencia para hacer efectivo el ejercicio de la competencia puntual. La otra sostiene, con base en el derecho de acceso a la justicia, que la tiene para ejercer dicha competencia puntual. Parece ser más consecuente la primera alternativa, pues la competencia del Tribunal deriva del acuerdo de las partes, y si éstas han decidido excluir de ella algún tema, el Tribunal no podría pronunciarse sobre él. El problema ii, relativo a la valoración de los estados financieros, no ofrece mayores complejidades, pues es claro que en el contexto del caso no se trata de modificarlos o rectificarlos a ellos, sino de corregir la valoración que sobre esa base se hizo del

negocio, o, en otras palabras: de determinar el precio que corresponde, lo cual sí parece ser un tema que puede ser definido por los árbitros.

11. *Competencia del Tribunal judicial.* Aceptando que la revisión judicial no es una instancia, aunque el derecho colombiano hable impropriadamente de recurso, y aceptando también la consideración que hace el Tribunal Superior de Bogotá de que se trata de un recurso extraordinario, que se ocupa solamente de asuntos formales, es menester reconocer, como lo hace la réplica al recurso y el salvamento de voto, que la falta de competencia no aparece dentro de ninguna de las causales de impugnación. Por ello, no es justificable incluirla de manera forzada dentro de la constitución en legal forma del Tribunal arbitral, pues este fenómeno no tiene que ver con el tema de la competencia. Es evidente que la decisión sobre la competencia la toma el Tribunal arbitral luego de haberse constituido, y no antes ni durante su constitución, por lo cual tratar de incluir esta cuestión dentro de la causal es un anacronismo injustificado. La respuesta al problema iii es negativa. Al no existir en la decisión una referencia adecuada y suficiente a la anterior decisión del Tribunal señalada en la providencia en comentario, no es posible analizar puntualmente cuál es el valor que el Tribunal le reconoce en este proceso (problema iv), aunque sí se puede advertir que la decisión a que se alude hace parte de una serie reiterada de decisiones en las cuales los Tribunales han interpretado restrictivamente las causales de anulación, pues, no sobra recordarlo, el “recurso de anulación” es un recurso extraordinario, cuyas causales están taxativamente definidas en la ley. Así, pues, la decisión tomada en este caso es una excepción a la regla general. Finalmente, con base en dos circunstancias incontrastables: a) el Tribunal arbitral decide si es o no competente para conocer un caso, y esta decisión es susceptible de ser recurrida en reposición, y b) no existe en el derecho colombiano causal de anulación que tenga por objeto la falta de competencia del Tribunal, se sigue que el Tribunal de arbitramento es el competente para definir su competencia, y que esta definición debe ser tomada por auto, respecto del cual las partes pueden interponer los recursos que estimen del caso.

12. *Epílogo.* La práctica colombiana de someter a control judicial los laudos arbitrales por medio de un recurso extraordinario: el de anulación, tramitado ante los Tribunales Superiores y sometido a un rigorismo semejante al del recurso, también extraordinario, de casación, ha convertido en algo, perdónese la repetición, igualmente extraordinario, el evento de la anulación de laudos. El porcentaje de laudos anulados es semejante al de sentencias casadas. En uno y otro caso la cifra no llega a los dos dígitos. De ahí lo novedoso y singular de la decisión de anulación comentada. No obstante, el control judicial no se agota en el recurso de anulación, pues la ley contempla la posibilidad de impugnar la decisión del Tribunal Superior, en lo que sería una especie *sui generis* de segunda instancia, ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante el recurso, también extraordinario, de revisión. Este sería el punto final dentro de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, es menester advertir que el asunto puede ser llevado a la jurisdicción constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, si ha existido violación de uno o de varios derechos fundamentales. Un balance de la práctica descrita permite apreciar un equilibrio entre el respeto de las decisiones arbitrales y la necesidad de someterlas a un eficaz control judicial. Quizá la mejor evidencia de ello pueda encontrarse en la proliferación del arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos en los contratos comerciales.

Luis Javier Moreno Ortiz
Profesor Titular
Universidad "Sergio Arboleda", Bogotá

Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, de 26 de febrero de 2008

Magistrado ponente: Germán Valenzuela Valbuena

Radicado: 110011220300020060088700

Procedencia: *Tribunal de Arbitramento Bancolombia S.A. vs Jaime Gilinski Bacal*

Asunto: Recurso de Anulación Laudo Arbitral

Aprobación: Actas Nos. 46, 48, 50 de 23 de octubre, 6 y 20 de noviembre de 2007 y 9 de 19 de febrero de 2008

Decisión: Anula.

Se resuelve el recurso de anulación interpuesto por el convocado Jaime Gilinski Bacal, contra el laudo calendado el 30 de marzo de 2006.

ANTECEDENTES

Ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bancolombia S.A. presentó solicitud de convocatoria y demanda arbitral en contra de Jaime Gilinski Bacal (y Lloyds Trust S.A. antes Fiduángulo, de quien finalmente se desistió), con el fin de que se resolvieran en derecho las divergencias presentadas por las partes, y se declarara que las reclamaciones presentadas por la sociedad convocante constituyen un requerimiento válido y procedente por concepto de pasivos ocultos, activos inexistentes, contingencias, impuestos y cartera indebidamente reflejados en los estados financieros, inexactitudes o diferencias en las declaraciones o garantías u otros incumplimientos, hechos que generaron una disminución patrimonial o que supuso la constitución de provisiones adecuadas a la convocante, según se estipuló en el contrato de promesa celebrado por las partes. Que como consecuencia, se declarara que acaecieron las condiciones estipuladas en el citado contrato, y se obligara al convocado, como codeudor solidario de los Gilinski, a pagar los valores contenidos en las reclamaciones que la sociedad convocante presentó al convocado en la proporción señalada en el contrato con la correspondiente actualización monetaria y los intereses moratorios calculados a la tasa máxima legal permitida.

2. Los hechos que sustentaron la demanda arbitral) se resumen así: